

# Uttalelse – om opphevelse av en kommunes lokale retningslinjer var et vedtak

23.8.2021 (2021/1271)

En privat barnehage søkte om økt driftstilskudd fra kommunen fordi tre barn var tilbudt plass i barnehagen. Kommunen hadde i lokale retningslinjer fastsatt tre tidspunkter for telling av antall barn i barnehagen. Etter retningslinjene ville de tre barna ha blitt medregnet ved neste telletidspunkt, og barnehagen ville fått økt tilskudd. Retningslinjene hadde derimot blitt opphevet før barnehagen søkte om økt tilskudd, og kravet ble avslått. Barnehagen mente at opphevelsen av retningslinjene var et vedtak etter forvaltningsloven, og at kommunen hadde begått saksbehandlingsfeil.

Sivilombudet er kommet til at kommunens opphevelse av retningslinjer om rapportering av barn i private barnehager på fastsatte tidspunkter og med virkning for beregning av tilskudd, var forskrift etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c). Saksbehandlingsreglene som gjelder for opphevelse av forskrift, skulle derfor ha blitt fulgt.

## Sakens bakgrunn

Private barnehager rapporterer hvert år til kommunen om antall barn i barnehagen. Rapporteringstidspunktet er 15. desember. Antall rapporterte barn med plass i barnehagen danner grunnlaget for hvor mye barnehagen gis i driftstilskudd fra kommunen. Kommunen kan i lokale retningslinjer også bestemme at barnehagene skal rapportere om antall barn ved flere tidspunkter, og hva som skal til for at tilskuddet endres i løpet av året.

X kommune hadde i lokale retningslinjer fastsatt to ytterligere tidspunkter for rapportering av barn. Retningslinjene ble opphevet før tilskuddsåret 2019. Fra 2019 gjaldt det dermed bare ett

rapporteringstidspunkt.

Barnehagen A (heretter barnehagen) søkte om økt tilskudd fra X kommune 18. januar 2019 fordi tre barn var tilbudt plass i barnehagen fra 1. mars 2019. Kommunen avslo søknaden og viste til at økningen av antall barn ikke innebar «store aktivitetsendringer» etter forskrift om driftstilskudd til private barnehager § 12 tredje ledd.

PBL (Private barnehagers landsforbund) ved advokat Hans-Are Nyheim påklagde vedtaket til Statsforvalteren i Oslo og Viken (heretter Statsforvalteren). Statsforvalteren opprettholdt kommunens avslag på søknaden som økt tilskudd.

Nyheim klaget 22. oktober 2020 til Sivilombudet over Statsforvalterens avslag på barnehagens søknad om økt driftstilskudd. I klagen hit ble det gjort gjeldende at kommunens opphevelse av lokale retningslinjer var et vedtak. Videre ble det bedt om en avklaring av om retningslinjene i så fall var et enkeltvedtak eller en forskrift.

## Våre undersøkelser

Statsforvalteren ble bedt om å redegjøre for sitt syn på om opphevelsen av retningslinjene var et vedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a. Vi ba også om Statsforvalterens syn på om vedtaket i så fall var et enkeltvedtak eller en forskrift.

Statsforvalteren viste til at rapporteringsplikten førte til at kommunen måtte fatte nye vedtak om tildeling av tilskudd til private barnehager. Rapporteringen i seg selv medførte ikke en endring i tilskuddstildelingen. På den bakgrunn gjorde Statsforvalteren gjeldende at rapporteringsplikten var en prosessledende avgjørelse og ikke et forvaltningsvedtak. Først når det fattes vedtak om tildeling av tilskudd, ville rettsstillingen til barnehageeierne endres.

Siden Statsforvalteren mente det ikke var tale om et vedtak etter forvaltningsloven, ble spørsmålet om vedtaket var et enkeltvedtak eller en forskrift, ikke besvart.

I tilsvar 11. mai 2021 gjorde advokat Nyheim gjeldende at avgjørelsen om innføring av rapporteringstidspunkt utgjorde en egen sak om å pålegge private barnehager å rapportere om antall barn i barnehagen og ikke en avgjørelse som treffes under sakens gang når kommunen skal treffe vedtak om driftstilskudd. Det ble også vist til at hensynet til forutberegnelighet og kontradiksjon tilsa at kommunen måtte være forpliktet til å forhåndsvarsle og gi de private barnehagene anledning til å uttale seg før de lokale retningslinjene ble utferdiget, endret eller opphevet.

## Sivilombudets syn på saken

### 1. Forvaltningsrettslige utgangspunkter

«Vedtaket» er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a):

«vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkelpersoner eller andre private rettssubjekter);»

Avgjørelser som stifter, opphever eller begrenser en rettighet eller en plikt, anses «bestemmende for rettigheter eller plikter». Det samme gjelder avgjørelser som bindende fastslår at en plikt foreligger, se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (11. utg. 2018), s. 259-60. Opphevelse av et vedtak, vil i seg selv være et vedtak.

Av forarbeidene fremgår det at vedtaksbegrepet avgrenses mot «prosessledende beslutninger», se Ot.prp.nr.3 (1964-1965) s. 32. Prosessledende avgjørelser er avgjørelser som treffes under sakens gang, som et ledd i en avgjørelse som er bestemmende for rettigheter og plikter, se Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5. utg. 2019), s. 390-91. Slike avgjørelser anses ikke selv å være bestemmende for den enkeltes rettigheter og plikter. Ved vurderingen av om det er tale om en prosessledende avgjørelse eller et forvaltningsrettslig vedtak, må det ses hen til avgjørelsens karakter og de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, se ombudets årsmelding for 2008 side 85 (SOMB-2008-18).

Dersom det er tale om et vedtak, blir det neste spørsmålet om det er tale om et enkeltvedtak eller en forskrift. Enkeltvedtak defineres i § 2 første ledd bokstav b):

«enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer;»

Forskrift defineres i § 2 første ledd bokstav c):

«forskrift, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer;»

## **2. Reglene om tilskudd til private barnehager**

Regler om tilskudd til private barnehager er gitt i forskrift om tilskudd til private barnehager. Det følger av forskriftens § 1 første ledd at kommunen skal fatte vedtak om tilskudd én gang i året. Tilskuddet beregnes ut fra antall barn med heltidsplass i barnehagen jf. § 3.

De private barnehagene skal rapportere om antall barn i barnehagen per 15. desember hvert år jf. forskriften § 12 første ledd første punktum. Tilskuddet beregnes så basert på det innrapporterte antallet barn med plass i barnehagen. Ved «store aktivitetsendringer» skal barnehagene rapportere om endringene til kommunen. Finner kommunen at aktivitetsendringene er store, skal tilskuddet beregnes på nytt jf. forskriften § 12 tredje ledd. Ved mindre aktivitetsendringer skjer det altså i utgangspunktet ingen endringer i tilskuddet.

Etter forskriftens § 12 andre ledd kan kommunene fastsette egne bestemmelser om tildelingen av tilskudd i lokale retningslinjer:

«Kommunen kan i lokale retningslinjer bestemme at de private barnehagene skal rapportere om antall barn, barnas alder og oppholdstid ved flere tidspunkter i

tilskuddsåret, og hva som skal til for at tilskuddet skal endres i løpet av året. De lokale retningslinjene skal fastsettes før tilskuddsåret begynner.»

### **3. Om opphevelsen av rapporteringsplikt for private barnehager er et vedtak**

A kommune hadde frem til tilskuddsåret 2019 retningslinjer om «telletidspunkt» med tre tidspunkter for telling av barn i barnehagene i løpet av året. Det fremgikk av retningslinjene at kommunen skulle treffe vedtak om tilskudd ut fra registrerte barn på telletidspunktene. Retningslinjene innebar altså at kommunen innhentet opplysninger om antall barn på tre faste tidspunkt i løpet av året, og at kommunen årlig måtte treffe tre enkeltvedtak om tilskudd for hver barnehage basert på antall rapporterte barn.

Statsforvalteren gjorde, som nevnt, gjeldende at fastsettelsen av flere rapporteringstidspunkt i retningslinjene, var en prosessledende avgjørelse. Kravet om at barnehagene måtte rapportere om antall barn i barnehagen på flere tidspunkt, var, ifølge Statsforvalteren, et ledd i prosessen som kunne føre til vedtak om endring i tilskudd.

Sivilombudet er ikke enig i at opprettelsen og opphevelsen av retningslinjenes krav om flere rapporteringstidspunkt var prosessledende avgjørelser. Kommunens retningslinjer innebar ikke bare at barnehagene måtte rapportere inn antall barn på flere tidspunkter i løpet av året, men fikk også direkte rettslig betydning for hvor mye tilskudd barnehagene kunne få utbetalt. Kommunen måtte fatte nytt vedtak om tilskudd etter hvert telletidspunkt, beregnet ut fra antall barn med plass i barnehagen på telletidspunktet. Retningslinjene hadde dermed materiell betydning for barnehagenes rett til tilskudd, ved at det ikke bare var «store aktivitetsendringer» som kunne lede til endret tilskudd i løpet av tilskuddsåret. Fastsettelse av bestemmelser med virkning for beregningen av tilskudd, kan ikke betegnes som en prosessledende avgjørelse.

Opphevelsen av retningslinjene om flere telletidspunkter var etter ombudets syn en avgjørelse truffet under utøving av offentlig myndighet og var bestemmende for rettigheter og plikter til kommunens private barnehager. Det var derfor et vedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a). Retningslinjene gjorde seg gjeldende for alle private barnehager i kommunen. Nyopprettede barnehager ville uten videre være omfattet av retningslinjene. Det er etter ombudets syn ikke tvilsomt at retningslinjene gjaldt en ubestemt krets, og at det derfor var tale om en forskrift etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c). Opphevelsen av retningslinjene var derfor også en forskrift.

Formuleringen i forskrift om tilskudd til private barnehager om at bestemmelsene om rapportering og endring av tilskudd kan fastsettes i «lokale retningslinjer», er egnet til å lede kommunene til den oppfatning at retningslinjene ikke er forskrift. Om en avgjørelse er en forskrift beror på en vurdering av om den konkrete avgjørelsen faller inn under forvaltningslovens definisjon av forskrift, og ikke på om hjemmelsgrunnlaget bruker uttrykket «lokale retningslinjer». Ombudet antar at en stor andel av de retningslinjene som opprettes med grunnlag i forskrift om tilskudd til private barnehager § 12 annet ledd, selv vil være forskrift. At forskriften bruker formuleringen «lokale retningslinjer», er derfor etter ombudets syn egnet til å villede kommunene og deres brukere.

Sivilombudets undersøkelser har vært begrenset til spørsmålet om opphevelsen av kommunens retningslinjer om rapporteringsplikt for private barnehager var et forvaltningsrettslig vedtak, og eventuelt om det var tale om en forskrift eller et enkeltvedtak. Hvilke saksbehandlingsfeil som eventuelt har blitt begått av kommunen og hvilke rettsfølger feilene får, har ikke vært en del av ombudets undersøkelse.

## Konklusjon

Sivilombudet er kommet til at kommunens opphevelse av retningslinjer om rapportering av barn i private barnehager på fastsatte tidspunkter og med virkning for beregning av tilskudd, var forskrift etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c). Saksbehandlingsreglene som gjelder for opphevelse av forskrift, skulle derfor ha blitt fulgt.

23.8.2021 (2021/1271)